

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 22 de mayo de 2019.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don R.M.P., en representación de la empresa Olympus Iberia, S.A.U., contra la Resolución de la Directora Gerente del Hospital Universitario 12 de Octubre, por la que se adjudica el contrato de “Suministro de material para sellado y corte de vasos ‘pinzas de ultrasonidos un solo uso’ para el Hospital Universitario 12 de Octubre”, número de expediente procedimiento abierto 2018-0-115, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncio en el Portal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid de fecha 4 de enero de 2019, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación, todos evaluables de forma automática.

El valor estimado de contrato asciende a 722.820 euros.

Segundo. - A la presente licitación se presentaron 2 licitadores, Johnson & Johnson, S.A. y Olympus Iberia, S.A.U. (en adelante OLYMPUS).

Tras la tramitación del procedimiento de adjudicación, la Mesa de contratación celebrada el día 13 de marzo de 2019, propone la adjudicación del contrato a Johnson & Johnson, S.A.

Mediante Resolución de la Directora Gerente del Hospital de fecha 29 de marzo de 2019, se adjudica el contrato de acuerdo con la propuesta de la Mesa.

La Resolución fue notificad el día 1 de abril de 2019.

La recurrente solicito y tuvo acceso al expediente en la sede del órgano de contratación el 11 de abril de 2019.

Tercero.- El 17 de abril de 2019, tuvo entrada en el registro de este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de OLYMPUS en el que solicita la anulación de la adjudicación del contrato a Johnson & Johnson, S.A., al no cumplir su oferta con uno de los requerimientos mínimos exigidos en el Pliego de Prescripciones Técnicas.

El 3 de mayo de 2019, el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transpone al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP). En el informe se solicita la desestimación del recurso puesto que la oferta de la adjudicataria cumple los requerimientos de pliego tal y como consta en el informe técnico unido al expediente.

Cuarto.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida por haberse interpuesto recurso contra el acto de adjudicación, de conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la LCSP, y el artículo 21 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales (RPERMT), aprobado por Real Decreto 814/2015 de 11 de septiembre, sin que sea necesario adoptar acuerdo de mantenimiento de la suspensión en virtud del Acuerdo adoptado por este Tribunal el 5 de diciembre de 2018, dado que el órgano de contratación en su informe no se pronuncia sobre la suspensión del procedimiento.

Quinto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al adjudicatario del lote 11, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. Se recibe escrito de alegaciones de la adjudicataria, con fecha 13 de mayo de 2019.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica licitadora clasificada en segundo lugar *“cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso”* (artículo 48 de la LCSP).

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado el 29 de marzo de 2019, practicada la notificación 1 de abril, e interpuesto el recurso, en este Tribunal el 17 de abril de 2019, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra la adjudicación de un contrato de suministro cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP.

Quinto.- Por cuanto respecta al fondo del recurso la recurrente alega que la oferta de Johnson & Johnson, S.A. incumple el requisito establecido en el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) consistente en:

Aislamiento adecuado para evitar dispersión de la energía para minimizar daños tisulares.

Argumenta la recurrente que *“en la oferta presentada por Johnson & Johnson, S.A. consta en las páginas 12 y 13 de la misma, bajo el epígrafe ‘Características técnicas y beneficios clínicos’, la siguiente leyenda:*

‘Pala Activa con forma cónica para mayor multifuncionalidad, con recubrimiento de titanio para reducción de adherencias y daño no deseado a los tejidos adyacentes, disminuyendo la dispersión térmica lateral’.

En el mismo sentido, y entendiendo que es criterio justificativo a lo indicado en el PLIEGO DE PRESCRIPCIONES TÉCNICAS, en su apartado arriba indicado, página 14 de la oferta de la licitante y bajo el epígrafe ‘Características técnicas y beneficios clínicos:’ se determina: ‘Eje de 9 cm de longitud, con pala activa de 16 mm de longitud y pinza para sujeción y compresión de tejidos (que facilita la coagulación) con revestimiento de teflón, para la reducción del daño no deseado a los tejidos próximos al tratado por dispersión térmica lateral’ (...).

Si bien es conocida la extrema dureza y el uso en aparatología médica del titanio por ser biocompatible (no genera rechazo por el sistema autoinmune del

cuerpo humano) en sus distintas aleaciones, este recubrimiento, por definición, no puede limitar la producción de calor del dispositivo, puesto que esto lo inhabilitaría para el objetivo fijado para el mismo (sellado y coagulación y, en consecuencia, el uso de calor sobre los tejidos).

Otro aspecto es cómo esta energía calorífica se modula para conseguir el efecto deseado (sellar y fusionar) sin afectar al tejido adyacente, y qué recubrimiento se utiliza con ese fin, siendo este el fondo de la cuestión.

Se presume que el recubrimiento de titanio en el dispositivo se aplica para dar mayor durabilidad y biocompatibilidad, pero en ningún caso para limitar o modular la producción de energía calorífica que afectarían a los tejidos adyacentes, es decir, la dispersión térmica, puesto que limita su uso como dispositivo ultrasónico, siempre que este recubrimiento afecte a la totalidad de la pala activa (la que produce el calor) y no solo a una sección de la misma.

Nuevamente, en la información obrante en la página 14 de la oferta técnica de la adjudicataria, del revestimiento, esta vez de teflón, no se define su ubicación en el dispositivo, sabiéndose por experiencia, que éste solo se encuentra en la pala superior de su mandíbula. El teflón sí es un aislante térmico conocido, pero sólo limita en uno de los 4 ejes (en la visión frontal del dispositivo) la dispersión del calor, debiéndose comprender que la dispersión térmica lateral, en la práctica común de la cirugía es siempre entendida como la afectación por calor producida en los tejidos adyacentes en la parte lateral (derecha e izquierda) desde la visión del usuario (cirujano) con el dispositivo en la mano. En consecuencia, el dispositivo y, más concretamente, su recubrimiento de teflón, no cumplen con el propósito y exigencia descrito en los pliegos del concurso”.

El organo de contratacion manifiesta que el informe tecnico asume que la oferta presentada por la adjudicataria cumple con todos los requisitos exigidos en los PPT ya que solo se refiere al criterio automatico de “posibilidad de aspiración de humo”, por todo ello se ratifica la Resolución de adjudicación.

Por su parte Johnson & Johnson, S.A., en se escrito de alegaciones manifiesta que *“sin perjuicio de lo argumentado en nuestra Alegación Segunda respecto de la discrecionalidad técnica de la que goza la administración, a continuación procederemos a explicar brevemente cómo los dispositivos ofertados por mi representada consiguen la coagulación y transección de los vasos y tejidos tratados mediante liberación única y exclusivamente de ondas de ultrasonidos (energía mecánica) y explicaremos que los dispositivos cuentan con un aislamiento que se puede considerar, como hace el órgano de contratación al adjudicar el procedimiento a mi representada, adecuado para evitar la dispersión de la energía para minimizar daños tisulares, cumpliendo, por tanto, con el requisito técnico establecidos en los Pliegos que, supuestamente y según la recurrente, incumple la oferta presentada por Johnson & Johnson, S.A.*

Pues bien, la temperatura mínima necesaria para desnaturalizar las proteínas presentes en las paredes de un vaso sanguíneo es de 60° C. A consecuencia de este proceso, se constituye un agregado proteico amorfo que coagula el vaso sanguíneo y que podrá ser transectado a continuación.

Para evitar daños por dispersión térmica, los dispositivos ofertados por Johnson & Johnson, S.A., cuentan con una tecnología patentada, denominada ‘Adaptive Tissue Technology’, tal y como se especifica en las páginas 12, 13 y 14 de su oferta. Esta tecnología adecúa la respuesta de los dispositivos en el tratamiento de los vasos y tejidos de forma única y personalizada, según sus características biológicas. De esta manera, se consigue con efectividad el sellado de los vasos tratados, reduciendo de forma significativa la temperatura alcanzada en los mismos, el tiempo de respuesta y la dispersión térmica, protegiendo a los tejidos cercanos para minimizar el posible daño tisular.

Resulta necesario a este respecto aclarar que todos los dispositivos ofertados por Johnson & Johnson, S.A., en el marco de este procedimiento cuentan con pala

de soporte con aislante de teflón, que facilita la compresión de los tejidos para un sellado de vasos más seguro y eficiente y contribuye a la reducción de la dispersión térmica lateral y pala activa con recubrimiento de titanio que concentra la energía de ultrasonidos liberada sobre los vasos y tejidos tratados y pierde rápidamente la temperatura que alcanza durante la activación del dispositivo para aislar adecuadamente el producto y evitar dispersión de la energía para minimizar daños tisulares.

Por todos los motivos anteriores queda evidenciado que la oferta presentada por Johnson & Johnson, S.A., cumple sobradamente con el requisito técnico ‘Aislamiento adecuado para evitar dispersión de la energía para minimizar daños tisulares’ tal y como se reconoce con la Resolución de Adjudicación, ahora suspendida del lote único del procedimiento de referencia a mi representada.

A mayor abundamiento, resulta necesario hacer mención a la existencia de diversos estudios científicos independientes publicados por profesionales quirúrgicos de diferentes especialidades médicas en revistas científicas de alto impacto y reconocido prestigio que confirman la efectividad de las medidas tecnológicas descritas anteriormente y que se encuentran incorporadas en los dispositivos ofertados por Johnson & Johnson, S.A., presentados para la correcta coagulación y corte de vasos y tejidos y el aislamiento adecuado para evitar dispersión de la energía para minimizar daños tisulares”.

A la vista de las manifestaciones de la recurrente y de la adjudicataria debe señalarse que nos encontramos ante un debate técnico respecto del que este Tribunal no puede decidir, teniendo en cuenta que el requisito que se exige no es un aislamiento determinado sino “adecuado” para evitar la dispersión de la energía, por lo que ha de prevalecer sin duda el criterio técnico del órgano de contratación sobre la correcta adecuación del recubrimiento ofertado.

Como ha señalado el Tribunal en diversas Resoluciones, baste citar la Resolución 187/2019 de 16 de mayo, cabe *“traer a colación lo señalado por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 545/2014, de 11 de julio, ‘nos encontramos ante una calificación que tiene una componente de carácter eminentemente técnico, para el que este Tribunal carece de la competencia adecuada al no tratarse de una cuestión susceptible de ser enjuiciada bajo la óptica de conceptos estrictamente jurídicos. Es decir, se trata de una cuestión plenamente incurso en el ámbito de lo que tradicionalmente se viene denominando discrecionalidad técnica de la Administración, doctrina Jurisprudencial reiteradamente expuesta y plenamente asumida por este Tribunal en multitud de resoluciones entre las que por vía de ejemplo podemos citar la de 30 de marzo de 2012.*

Como hemos abundantemente reiterado, es de plena aplicación a los criterios evaluables en función de juicios de valor la jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto de la denominada discrecionalidad técnica de la Administración. Ello supone que tratándose de cuestiones que se evalúan aplicando criterios estrictamente técnicos, el Tribunal no puede corregirlos aplicando criterios jurídicos. No se quiere decir con ello, sin embargo, que el resultado de estas valoraciones no puedan ser objeto de análisis por parte de este Tribunal, sino que este análisis debe quedar limitado de forma exclusiva a los aspectos formales de la valoración, tales como las normas de competencia o procedimiento, a que en la valoración no se hayan aplicado criterios de arbitrariedad o discriminatorios, o que finalmente no se haya recurrido en error material al efectuarla.

Fuera de estos casos, el Tribunal debe respetar los resultados de dicha valoración’.

Más recientemente el Tribunal Supremo en la Sentencia 813/2017, de 10 de mayo de 2017, delimitando más el ámbito de la discrecionalidad afirma que ‘la discrecionalidad técnica de la que, ciertamente, están dotados los órganos de contratación para resolver cuál es la oferta más ventajosa no ampara cualquier

decisión que pretenda fundarse en ella ni se proyecta sobre todos los elementos en cuya virtud deba producirse la adjudicación. Jugará, por el contrario, solamente en aquellos que, por su naturaleza, requieran un juicio propiamente técnico para el cual sean necesarios conocimientos especializados' tal y como ocurre por analogía en el caso concreto que nos ocupa".

En el presente caso, la actuación del órgano de contratación coincide con el sentido de las manifestaciones de la empresa adjudicataria que se consideran suficientemente detalladas, por lo que se desestima el recurso.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don R.M.P., en representación de la empresa Olympus Iberia, S.A.U., contra la Resolución de la Directora Gerente del Hospital Universitario 12 de Octubre, por la que se adjudica el contrato de "Suministro de material para sellado y corte de vasos 'pinzas de ultrasonidos un solo uso' para el Hospital Universitario 12 de Octubre", número de expediente procedimiento abierto 2018-0-115.

Segundo.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Tercero.- Dejar sin efecto la suspensión automática prevista en el artículo 53 de la LCSP.

Cuarto.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 59 de la LCSP.